

認識なき正当防衛小考

振 津 隆 行

I.

先に、私は「認識なき正当防衛について」(『金沢法学』第56巻第1号、2013年)なる論考を物した。そこでは、認識なき正当防衛(わが国で、いわゆる「偶然防衛」と称されているもの)につき、その歴史的考察・展開について論じた。そしてそこで、認識なき正当防衛につき結論的に、故意を超える「防衛意思」なるものは不要であること、そしてその際、ただ、事後的・客観的には正当化されるが、その結果発生以前の濃厚な結果発生の危殆化により未遂犯の成立を認めるに至った。

しかし、その後、未遂・不能犯についての考察を続行していく中で、この帰結に疑念を抱くに至った。それ故、改めて本小考を公けにすることにした。

そもそも、未遂・不能犯論につき、事前判断を基礎とする「具体的危険説」に疑念があり、事後判断を基礎にした「客観的危険説」が妥当であるという思いにかられ、本小考において再度考察した結果、先の帰結に問題があると考えに至った。

もっとも、故意を超える主観的正当化要素としての「防衛意思」なるものは不要であるという点については当然維持すべきことは勿論であるが、その法的効果としての未遂犯の成立可能性を認めることには問題があるものと考え、ここに本小考を書くに至ったのである。それは、先の論文の注(29)にも書いておいたことであるが、それは防衛意思を不要としても、未遂の成立を認めることにつき「もっとも、この問題は更なる検討が必要な重要問題であり、筆者も今後の課題として設定している。⁽¹⁾」というものであった。

(1) 振津隆行「認識なき正当防衛について」(『金沢法学』第56巻第1号 2013年) 18頁注(29)。

II.

では、この問題をいかように解決すべきであろうか。それは、先の論文でも示しておいたことであるが、既に1909年にビンディング説に反論したフォン・パールと帰結を同じくするものである。すなわち、フォン・パールによれば、「違法な攻撃を企てようとする者は、この攻撃のために、正当防衛を度外視して、防衛行為の中に存するであろうところの犯罪の不能な客体であろうということで、不能な客体についての未遂に関する諸原則が考慮され、そして、それにより、私見によれば行為者は不処罰(straffrei)となる⁽²⁾」というものであった。

かような発想は、なにも古いドイツの文献においてのみならず、わが国においても存在するのである。それは、佐伯千仞博士の所説であって、以下のように述べられている。「他人の窓ガラスを破壊するつもりで投石したところ、ガス漏れで中毒死寸前の午睡中の幼児の生命がそれによって救われたとか、傷害の意思で客観的には正当防衛をしたような場合も、行為者の計画が彼の行為に具体的にいかなる危険の意味を与えるのか少なくとも問題である。けだしそれらの場合には問題の窓ガラスも被傷者の身体ももはや法の保護の外にあるはずだからである。私見によれば法規範は笑ってすませうるものはすませべきであって神経質にそれらのものにまで刑罰制裁をもって臨む必要はないのである。⁽³⁾」と。

以上の引用文の後段の、「傷害の意思で客観的には正当防衛をしたような場合」とは、まさに「認識なき正当防衛」の事例であって事後判断が導入されているのである。

佐伯博士は、不能犯につき「具体的危険説」を採られながら、一部修正説を唱えられているのである。

筆者は、不能犯論につき、現在「客観的危険説」が妥当と考えるに至っているが、その際、佐伯博士のように一部修正説ではなく、全面的に事後判断を加

(2) 振津・前掲注(1) 4～5頁。

(3) 佐伯千仞『四訂 刑法講義(総論)』(有斐閣 1981年) 319頁。

えるべきだと考えているが、その詳細については今後明確な形で論考化したいと考えているが、現在未だその準備が整っていないので、それについては今後の研究に委ねたいと思料している。

ただ、「認識なき正当防衛」は、事後判断を考慮して、不能な客体に対する不能犯として、不処罰(straffrei)と考えるのが最も妥当な解決であると現在考えているのである。

Ⅲ.

「認識なき正当防衛」(わが国でいわゆる「偶然防衛」と称されているもの)については、特別な主観的正当化要素としての「防衛意思」は不要であり、その法的効果としては事後的な不能な客体であろうということで、不能犯として不可罰なものとするのが最も妥当な帰結であると現在思料している。

(2013年12月22日稿)